



Junta de Andalucía



Recurso 562/2023
Resolución 600/2023
Sección tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 1 de diciembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COSTA DEL SOL TIMES TV, S.L.**, contra el acuerdo de 13 de julio de 2023 de la mesa de contratación por el que se propone la adjudicación, dictada en el seno del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de difusión de publicidad e información del Ayuntamiento de Benalmádena en televisión” (Expte. 2022/10598A), convocado por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 20 y el 25 de abril de 2023 se publicó, respectivamente, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio rectificado de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 1.080.000,00 euros. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el mismo 20 de abril de 2023.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Mediante acuerdo de 13 de julio de 2023 la mesa de contratación propone la adjudicación del contrato a la entidad COMUNICACIÓN Y SERVICIOS 101 S.L.

SEGUNDO. El 2 de agosto de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente. Tras su pertinente tramitación el recurso (363/2023) fue desestimado mediante la resolución 426/2023, de 8 de septiembre.

TERCERO. El 22 de noviembre de 2023 se interpone nuevamente recurso especial. Se dice que es contra la resolución de 17 de noviembre de 2023, dictada por la Concejalía Delegada de Hacienda del Ayuntamiento de Benalmádena, que supuestamente es en virtud de la cual adquiere conocimiento de la resolución de adjudicación del contrato.

Solicitado el expediente al órgano de contratación, éste lo ha remitido el día 27 de noviembre de 2023.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta en principio legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone materialmente contra la resolución de adjudicación de la oferta propuesta como adjudicataria en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP. No obstante, formalmente la resolución de 17 de noviembre recurrida es un requerimiento realizado a la entidad adjudicataria para la formalización.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

Si bien se interpone el recurso formalmente contra la resolución del Ayuntamiento de Benalmádena, de 17 de noviembre de 2023, esta resolución verdaderamente tiene por objeto realizar un requerimiento destinado a la entidad adjudicataria para que realice la formalización del contrato.

En el recurso especial se pone de manifiesto que ha sido con ocasión de la notificación de la resolución recurrida de 17 de noviembre de 2023, cuando habría tenido conocimiento de la presunta existencia del acuerdo de adjudicación. Dicha resolución en su párrafo 3º, indica su existencia, y se advierte que no consta se haya formulado recurso especial en materia de contratación contra la misma.

La recurrente pretende que se anule la resolución por indefensión por infracción supuesta del artículo 151 de la LCSP, ante la ausencia de notificación de la resolución de adjudicación. Solicita en su escrito que, previos los trámites de Ley, se dicte resolución por la que se declare la anulación de la resolución impugnada con retroacción de las actuaciones al momento en el que se debió notificar legalmente el acuerdo de adjudicación de fecha 29 de septiembre de 2023.



El acto que ahora recurre no sería susceptible de recurso especial, aunque lo que subyace es una impugnación por la falta de notificación de la resolución de adjudicación, y en ese sentido el acto recurrido debe considerarse en aras a no causarle indefensión.

No obstante, una vez revisada la documentación remitida por el órgano de contratación se constata que la resolución de adjudicación fue notificada y puesta a disposición de la recurrente el pasado 2 de octubre de 2023, y no fue hasta el 20 de noviembre que ésta accedió a su contenido. De tal modo que, si por acto susceptible de recurso debe estimarse la resolución de adjudicación, debe considerarse que el recurso interpuesto el 22 de noviembre de 2023, es extemporáneo debiendo inadmitirse.

QUINTO. Sobre la falta de veracidad de las alegaciones realizadas en el recurso especial por parte de la entidad recurrente, así como sobre la solicitud de suspensión del procedimiento de licitación dado que dicha entidad recurrente es la entidad que actualmente se encuentra prestando el servicio. Procedencia de la multa.

Sobre el particular, el artículo 58.2 de la LCSP establece que «*En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma*». En este sentido, la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional señala que:

«Es criterio de esta Sala que “La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución” (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular “algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial”; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la “facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe”, pues “en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas” (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)».

En este supuesto, el Tribunal tras el análisis del contenido del presente recurso aprecia que el mismo adolece de una falta clara de viabilidad jurídica en los términos analizados, desde el momento en el que su pretensión se basa -como anteriormente se ha argumentado- indistintamente en recurrir un acto que en puridad no es susceptible, y el que lo sería, es recurrido extemporáneamente, faltando a la verdad la entidad recurrente en cuanto a la fecha de notificación de la resolución de adjudicación.



Además ha solicitado incluso la suspensión del procedimiento de licitación cuando ya ha sido adjudicado y está el acto firme en vía del recurso especial.

A más cuando solicita la suspensión lo motiva en los siguientes terminos:

- Por un lado, señala *“la necesidad de evitar que la sentencia que en su día recaiga no pueda ser llevada a su puro y debido efecto, lo que tendría lugar si no se suspende ahora el acto administrativo recurrido y la tramitación del procedimiento de contratación hasta la formalización y firma del contrato administrativo a favor del licitador adjudicatario que ocasionaría el cese total de la actividad televisiva y de publicidad que se ha venido prestando por mi representada desde julio del 2019, con prórroga anual hasta el mismo mes de este año 2023, habida cuenta de que esta licitadora se mantiene y puede desarrollar su actividad empresarial, casi en exclusiva, con los ingresos económicos procedentes del Ayuntamiento de Benalmádena por el contrato administrativo que les vincula, con las repercusiones que ello conlleva para la plantilla de empleados que deberán ser amortizados sus puestos de trabajo por motivos económicos al no poder contar con los recursos suficientes para el abono de sus costes laborales”*.

“(..).La pérdida de los ingresos procedentes de este contrato público, provocará la imposibilidad de poder atender las deudas pendientes y corrientes con sus acreedores, un sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones de esta licitadora que derivaría en su cierre y cese de actividad, con petición inmediata de su declaración en concurso de acreedores, provocando, por consiguiente, perjuicios económicos y personales de suficiente entidad como para justificar la medida cautelar interesada.

En este sentido, la recurrente cuenta actualmente con una plantilla de 10 trabajadores, quienes prestan sus servicios, fundamental y casi exclusivamente, con destino a la prestación de los servicios televisivos y de publicidad contratados con el Ayuntamiento de Benalmádena, (...).”

Por otro lado, señala que *“la medida no producirá perturbación grave de los intereses generales o de terceros (art. 130.1.1º y 2 de la LJCA). En el momento actual en el que se encuentra la licitación controvertida, en la que aún no se ha producido la formalización del contrato, ni se ha notificado a esta licitadora la resolución motivada de su definitiva adjudicación a la otra empresa participante, creemos que no se perjudicaría, ni a particulares, ni a terceros, ni al interés general o público, con la adopción de la medida cautelar solicitada, por los siguientes motivos:*

1)En cuanto a la posible afcción del interés público, los ciudadanos y/o usuarios de la información municipal emitida por televisión a través de la empresa recurrente, no se verían privados de los servicios que se prestan, en la medida que en la actualidad el contrato está en vigor, se siguen prestando mediante la prórroga acordada mediante Decreto de 19-07-2023 y, caso de que se acordase la suspensión interpelada, podría el mismo Ayuntamiento emitir nueva prórroga hasta que se resolviese este recurso contencioso-administrativo, del mismo modo que lo hizo previamente cuando comprobó que no dispondría de tiempo suficiente para la adjudicación, formalización y entrada en vigor de este nuevo contrato licitado antes de la terminación del contrato actualmente vigente con mi representada.

2) En el supuesto de que no se accediese a conceder la medida cautelar y como interés particular en contraposición con el anterior interés general, se produciría, como hemo visto anteriormente, un grave quebranto o menoscabo económico y personal (vid, empleados) de tal magnitud que conllevaría de manera inexorable al cierre y a la quiebra de la recurrente”.

Habiendo sido desestimado el recurso especial en materia de contratación tramitado con el número 363/2023, mediante resolución de fondo 426/2023, de 8 de septiembre, vuelve ahora a repetir las argumentaciones que ya



fueron resueltas en aquel recurso, sobre las cuales no puede este Tribunal volver a pronunciarse, en primer lugar, por la inadmisión del presente recurso, por haber sido resueltas y por haber sido las mismas objeto de recurso contencioso administrativo. Pretende conseguir en esta sede una paralización del procedimiento de contratación, claramente a efectos de proseguir en la prestación del servicio, a fin de obtener un interés puramente personal, sin que exista una mínima argumentación, empezando por obviar que la resolución de adjudicación sí que le fue notificada, siendo el recurso especial a todas luces extemporáneo.

Por otro lado, intenta únicamente aprovechar los efectos de la paralización del procedimiento de contratación, con la suspensión para proseguir prestando el servicio sobre la base del artículo 29.4 LCSP, pero sin esgrimir ningún motivo legal válido que pueda permitir presumir su buen derecho sobre el fondo de la cuestión. Es decir, con el único motivo de no tener un perjuicio personal, y con un claro desprecio a los principios que rigen la contratación pública. Además de todo ello, y de no existir el más mínimo fundamento legal sobre el fondo, confunde el perjuicio al interés público con su propio perjuicio, así como no acredita el “*periculum in mora*”. Acceder este Tribunal a lo pretendido sería tanto como atentar contra el principio de igualdad de las partes, la discriminación no permitida y el principio de concurrencia, derivando un perjuicio injusto a quien ha resultado adjudicatario. Deriva de ello usar el recurso especial con una clara intención fraudulenta de dilatarse en la prestación del servicio, además a costa de no prestarse el servicio por quien resultó adjudicatario.

Ello supone un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación, concurriendo mala fe y temeridad a la vista de lo argumentado. A ello debe unirse que el recurso, proviene de uno anterior que resolvía las cuestiones de fondo que se reproducen otra vez, así como que ha dado lugar a un procedimiento en sede de este Tribunal que ha obligado legalmente a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano.

Pues bien, este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellas recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con temeridad y mala fe en este caso, pues puede serle atribuida una finalidad torticera en el recurso. La diligencia media de una licitadora razonablemente informada y normalmente diligente, le debió hacer conocedora de que su escrito sería inadmitido, pues no solo se interpone contra actos no susceptibles de recurso, sino que además se presenta extemporáneamente respecto de la resolución de adjudicación que sí le fue notificada.

Sobre lo anterior, la jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *«cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita»*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *«La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación»*.

En cuanto al importe de la multa, el citado artículo 58.2 de la LCSP dispone que *«(...) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos»*. Este Órgano carece de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado con la interposición del recurso al órgano de contratación en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, pues éste tampoco los cuantifica, pero las



circunstancias expuestas de temeridad determinan que se aprecie que la multa a imponer deba ser superior en cuantía al mínimo legal.

Por ello, y sobre la base de los anteriores fundamentos de esta resolución, se impone multa en la cuantía máxima de 5.000 euros –cuantía encuadrable en un hipotético tramo inferior dentro de la horquilla legal expresada en el citado artículo 58.2 LCSP- dada la temeridad y mala fe apreciada ante la evidente falta de fundamento y viabilidad jurídica del recurso que ahora se analiza.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COSTA DEL SOL TIMES TV, S.L.**, contra el acuerdo de 13 de julio de 2023 de la mesa de contratación por el que se propone la adjudicación, dictado en el seno del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de difusión de publicidad e información del Ayuntamiento de Benalmádena en televisión” (Expte. 2022/10598A), convocado por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga).

SEGUNDO. Declarar que se aprecia temeridad y mala fe en la interposición del recurso, por lo que procede la imposición de multa en cuantía máxima de 5.000 euros, en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

